



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000731264

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EDUARDO ODLOAK e JUIZO EX OFFICIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Agravo retido - não provido e recursos não providos, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERREIRA RODRIGUES (Presidente) e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 26 de setembro de 2016.

Ana Liarte
RELATORA
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

2

04ª Câmara — Seção de Direito Público

Apel.

c/revisão nº : 0044477-37.2009.8.26.0053

Comarca: São Paulo

2ª Vara Fazenda Pública

Apelante(s): EDUARDO ODLOAK e JUÍZO EX-OFFICIO.

Apelado (s): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Interessado: Prefeitura Municipal de São Paulo.

VOTO Nº 9839

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORMA RETIDA

– Conhecimento posto que cumprida a formalidade do disposto no artigo 523, § 1º, do CPC – Preliminares (Inépcia da inicial e litisconsorte necessário passivo) rejeitadas – **Decisão mantida – Agravo desprovido.**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ato de Improbidade Administrativa imputado ao réu (Subprefeito da Mooca à época dos fatos descritos na inicial) – Preliminar – Nulidade da sentença – Vício na fundamentação – Inocorrência – Preliminar rejeitada – Mérito - Provas constantes dos autos (documental e oral), que confirmam a tese inaugural, qual seja, que os atos do requerido caracterizaram-se como atos de improbidade administrativa – Não comprovação, ônus que incumbia ao apelante, de qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo ao direito do autor – Afronta ao comando do artigo 333, II, do CPC – Atos que não podem ser considerados como meras irregularidades formais – Ato

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



3

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

de improbidade caracterizado - Ofensa aos princípios da administração pública (honestidade, legalidade, lealdade) – Fato tipificado no artigo 11, da Lei 8.429/92 – Sanções impostas, art. 12, III, do mesmo diploma legal – Ressarcimento do dano – Pretensão não acolhida posto que não comprovada a sua eclosão - **Ação, na origem, julgada procedente em parte – Sentença mantida – Recursos desprovidos.**

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente, em parte, a pretensão inicial para condenar o requerido, cumulativamente, a partir do trânsito em julgado, à:

(i) perda da função pública que esteja a exercer, efetivo ou comissionado, quando da execução do julgado;

(ii) suspensão dos direitos políticos pelo período de três anos, contados do início da execução do julgado:

(iii) multa civil no valor correspondente a 30 (trinta) vezes o valor da última remuneração mensal integral recebida pelo réu no cargo de Subprefeito da Mooca;

(iv) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

4

Não restou acolhido a pretensão inicial no que tange ao ressarcimento de valores, uma vez que não houve dano aferível do ponto de vista monetário (cf. fl. 1618 verso).

Sem condenação em honorários nos termos do art. 18, da Lei n. 7.347/85.

Recorre o vencido. Pugna pela reforma do julgado. Requer, preliminarmente, o conhecimento do Agravo interposto na forma de instrumento (cf. fls. 807/823).

Ainda sob o enfoque prejudicial, pugna para que seja reconhecida a nulidade da sentença por vício de fundamentação.

No mérito, afirma que a r. sentença não pode subsistir uma vez que adotou premissas equivocadas, que inexistente conduta ímproba a ser censurada, e que houve ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das penas.

Recurso recebido, deferido pedido de diferimento do recolhimento das custas de preparo (cf. fls. 1642/43), sendo apresentada contrarrazões.

Opinou a D. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso de apelação.

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

5

É o relatório.

É Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Eduardo Odloak apontando que este teria cometido ato de improbidade administrativa consistente em ações e omissões quanto a fiscalização de edificação, licenciamento, concessão de alvará e de funcionamento e interdição (lacreção) do estabelecimento comercial denominado “Shopping Center Capital”.

A inicial afirma que no dia 15/06/2007, Luiz Cezar Praça Nogueira, comerciante, informou ao Ministério Público que, em setembro de 2004, atraído por propaganda do Shopping Center Capital, pagou luvas pelo direito de locação de uma loja, o que teria ocorrido também com cerca de cem outros comerciantes.

Alega o autor que o referido Shopping iniciou suas atividades em 11 de maio de 2006, sem habite-se, alvará de funcionamento ou mínimas condições de segurança, e que não entendeu por qual motivo a Subprefeitura não interditou o local mesmo depois da reunião com o Subprefeito, Eduardo Odloak, mostrando-se, assim, intencional a falta de fiscalização.

Assim sendo, pretende o autor o reconhecimento do ato de improbidade e a condenação do requerido à perda da função pública e dos direitos políticos pelo prazo de três anos, pagamento de multa civil, e a proibição de contratar com o Poder Público

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

6

pelo prazo de três anos. Pretendeu, ainda, a condenação ao ressarcimento do dano.

A princípio, observa-se que foi determinada a intimação do requerido para os fins previstos no artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, tendo o mesmo apresentado defesa prévia (v. fl. 554/567). Após, foi proferida a decisão de fls. 582/83, determinando-se a citação do requerido, posto haver elementos a autorizar o processamento da ação.

Pois bem.

Quanto as preliminares suscitadas.

Agravo retido (fls. 807/823).

(i) Inépcia da petição inicial.

A inicial descreve, detalhadamente, os atos imputados ao requerido e que se revestiriam de atos ímprobos, tanto assim que possibilitou ao apelante apresentar defesa prévia e após contestação. Por conseguinte, não há falar em inépcia da inicial.

(ii) Ausência de litisconsorte passivo necessário.

Alega o recorrente que a fiscalização é ato administrativo complexo, que conjuga a atuação de diversos agentes,



7

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

com diferentes atribuições legais, sendo que os supostos problemas apontados na fiscalização transcendem a atuação do apelante enquanto Subprefeito da Mooca.

Ora, ao aceitar a função pública o demandado se tornou responsável pela falta de fiscalização do “Shopping Capital”. Ele permitiu que o estabelecimento permanecesse aberto, apesar de todas as ilegalidades. O art. 4º da Lei de Improbidade Administrativa aponta que:

“os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Por conseguinte, porque cumprido o disposto no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil, conheço do Agravo Retido, negando-lhe provimento.

Preliminar – Nulidade da sentença – Vício na fundamentação.

Pondera o recorrente que a r. sentença o teria condenado por omissão, deixando de apontar a qual dever de agir estaria relacionada a sua omissão.

Ora, o nobre juiz sentenciante, ao embasar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

8

sua convicção, asseverou que:

(...) o Ré Eduardo Odloak praticou os atos de improbidade administrativa descrita nos incs. I e II, do art. 11, da lei Federal n. 8.429/92, violando os Princípios da Administração Pública, a saber:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Portanto, incorre qualquer vício a ensejar a nulidade da r. sentença recorrida.

MÉRITO.

Busca o autor por meio desta ação seja o requerido condenado por ato de improbidade administrativa em razão da ofensa ao artigo 11, I e II, da Lei n. 8.429/92, requerendo, assim, lhe sejam aplicadas as sanções previstas no artigo 12, inciso III, do mesmo diploma legal.

O artigo 11 da Lei de Improbidade estabelece que:

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

9

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

(...).

Portanto, consagra o referido artigo os atos que atentam contra os princípios da administração pública, havendo punição, pura e simplesmente, por violação dos princípios ali mencionados.

Porém, para que se possa ter uma melhor ideia, de rigor trazer os fatos descritos na inicial, para após, enfrentar o mérito da questão.

Conforme narra a inicial, no ano de 1999 foi deferido requerimento da ILBEC – Instituição Luso Brasileira de Educação e Cultura D.C. Ltda, para a construção de prédio com um bloco, seis andares, e 31.645,95 m² de área construída, para a instalação de unidade educacional (faculdade).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

10

Contrariando o projeto aprovado, foi edificado prédio com dois blocos, o mais alto com nove andares, e 59.433,00 m², ou seja, (...) foram construídos 27.787,00 m² a mais, ou 87,80% além do projeto aprovado (cf. fl. 1612).

Pois bem. Apesar de se insurgir o recorrente contra a pretensão inicial, o fato é que não há provas nos autos a demonstrar a legalidade na construção levada a efeito, situação em desconformidade com o artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

O artigo 333, fiel ao princípio, reparte o ônus da prova entre os litigantes, da seguinte maneira: I – ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito: II – ao réu, o de provar o fato impeditivo. Modificativo ou extintivo do direito do autor. Cada parte, portanto, tem ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio. (...) Por outro lado, de quem quer que seja o ônus probandi, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR - Curso de Direito Processual Civil, 16ª edição, 1996, Forense, pp.454/456).

No mesmo sentido **Cândido Rangel**

Dinamarco:

*“O mais notório e ilustrativo dos ônus processuais é o da **prova**. Ao demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse, a parte está favorecendo o acolhimento de sua própria pretensão”. (Instituições de Direito Processual Civil – Vol. II, p. 205).*

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
 PAULO

11

Os pedidos de regularização da obra foram indeferidos nas três esferas recursais (cf. fls. 434 e 435), portanto, não poderia haver a abertura do Shopping Center Capital, todavia, **e com a presença do requerido (cf. fls. 848 e 539)** ocorreu a irregular abertura do estabelecimento, que estava como já visto, sem habite-se, sem alvará de funcionamento e sem condições de segurança.

Ora, a partir do momento que o Subprefeito requerido passou a ser notificado pelo autor para agir, impunha-se o dever de cumprir o ordenamento jurídico atinente à espécie, todavia, em flagrante violação ao cargo ocupado, por omissão, posto que sabedor que a obra se encontrava irregular, abriu as portas do Shopping sem as autorizações necessárias.

E como podemos chegar a conduta omissiva do requerido? Para tanto, vejamos os depoimentos das testemunhas:

A testemunha Luiz César Praça Nogueira (fls. 838/845) assim declarou:

MP – Se ele pessoalmente esteve na subprefeitura conversando com o demandado.

D. – Sim, eu estive uma vez lá.

J. – E qual foi o teor da conversa?



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

12

D. – Quando o Shopping, quando estava bem claro que estava completamente irregular e eu estava para encerrar a operação, então eu fui na subprefeitura saber a situação, eu e outros lojistas na época, e o subprefeito falou que a gente não precisava se preocupar porque o shopping não ia fechar.

J. – Ele tinha ciência de que o shopping estava em situação irregular?

D. – A gente foi lá justamente para falar das irregularidades (...) Olha tem essa, essa e essa irregularidades, a central de gás, eles estão construindo acima, não tem estacionamento, não tem externalidade, está faltando um monte de coisas.

J. – E já estava funcionando?

D. – Sim, funcionando. Ele falou: “Não se preocupem que o shopping não vai ser fechado”, essa frase eu lembro bem que foi dita.

Já a testemunha Mônica dos Santos Suzano (fls. 846/55), narrou que:

J. – Houve fiscalização por parte da prefeitura, que a senhora tenha presenciado no sentido de verificar irregularidades no shopping?

D. – Só depois que os lojistas começara a levar os questionamentos, ai foi se descobrindo (...) acabaram levantando que a licença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

13

concedida era para se construir uma universidade e uma coisa foi puxando a outra (...).

J. – A senhora conversou com alguém da subprefeitura?

D. – Sim, com o senhor Eduardo Odloak. (...) ele falou “Não, não vai fechar”, disse que a subprefeitura não ia encerrar o shopping (...).

MP. – Se alguma vez nessas conversas que teve com o demandado, se ela cobrou providências com relação ao shopping.

D. – Ah, nessa reunião sim.

J. – Que tipo de providências a senhora pediu?

D. – Nós levamos o que sabíamos sobre o shopping, que não tinha Contru, não tinha Habite-se, não tinha licença de funcionamento e a reunião foi nesse sentido: “Não se preocupem, não vai ser fechado”.

Ao se analisar as provas documentais constantes dos autos bem como os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, forçoso concluir a ocorrência de ato de improbidade administrativa praticada pelo requerido, pois “(...) o que bem caracteriza o ato de improbidade administrativa, distinguindo-o do engano escusável e da mera irregularidade” (Apel. Cível 628.606.5/3-00, rel. Des. José Habice).

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

14

A respeito, vejamos o que leciona Francisco Octávio de Almeida Prado a respeito de atos de improbidade:

Probidade significa honradez, honestidade. Improbidade, desonestidade, ausência de honradez. O termo que o constituinte se serviu para designar a categoria de ilícitos que quis instituir tem carga significativa acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexó subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico — este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados.

Já Fábio Medina Osório, consagra que:

“(…) só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente do setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art.37, § 4º, da CF”. (Lei de Improbidade Administrativa anotada. ob. cit., p. 293)

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

15

Por conseguinte, caberia ao requerido, ônus que lhe incumbia demonstrar qualquer fato modificativo, impeditivo ou extintivo ao direito do autor.

“O artigo 333, fiel ao princípio, reparte o ônus da prova entre os litigantes, da seguinte maneira: I – ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito: II – ao réu, o de provar o fato impeditivo. Modificativo ou extintivo do direito do autor. Cada parte, portanto, tem ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio. (...) Por outro lado, de quem quer que seja o ônus probandi, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR - Curso de Direito Processual Civil, 16ª edição, 1996, Forense, pp.454/456).

Ou seja, as condutas descritas tipificam ato de improbidade administrativa, sendo que caberia ao requerido demonstrar de forma contrária, qual seja que não cometeu qualquer ato que pudesse ser caracterizado como ato de improbidade.

Portanto, caracterizada a ofensa ao artigo 11, I e II, da Lei de Improbidade Administrativa, resta analisar as sanções atinentes à espécie.

Estipula o artigo 12, da Lei n. 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais,

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

16

civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\).](#)

(...)

(...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

No que concerne ao ressarcimento do dano, como já visto, não houve acolhimento deste pedido pelo nobre juiz sentenciante. Porém, em razão do reexame necessário determinado, passo a analisar a questão.

Entendo que o ressarcimento era mesmo indevido, porque em nenhum momento processual restou demonstrado que o requerido tenha recebido qualquer quantia ou proveito financeiro, uma vez que as testemunhas não souberam dizer, se, efetivamente, o réu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

17

recebeu algum valor e muito menos presenciaram a entrega de qualquer quantia.

*“O mais notório e ilustrativo dos ônus processuais é o da **prova**. Ao demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse, a parte está favorecendo o acolhimento de sua própria pretensão”. (Cândido Rangel Dinamarco - *Instituições de Direito Processual Civil – Vol. II, p. 205*).*

Assim sendo, tenho que as sanções impostas ao requerido tiveram por base o comando estabelecido no artigo 12, inciso III, da Lei de Improbidade não merecendo qualquer reforma, já que atentas ao princípio da razoabilidade.

Nesse sentido:

*“As sanções do artigo 12, da lei n. 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o parágrafo único do mesmo dispositivo. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição...” (REsp 505.068/PR, *mim. Luiz Fux, Dj de 29.09.03*).*

Por conseguinte, a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos inexistindo amparo para a sua reforma.

Ressalto, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias á motivação do julgamento, tornando claras as

Apelação / Reexame Necessário nº 0044477-37.2009.8.26.0053 - São Paulo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

18

razões pelas quais chegou ao improvimento do recurso, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas o do dever de motivação (CF. , art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de presquestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. FELIX FISCHER – DJ., 08.05.2006, p. 240).

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos e ao agravo retido.

Ana Liarte
Relatora